

leur convention présente tous les caractères de ce contrat, elle doit sans doute être validée; mais ce serait méconnaître l'intention des contractants et les dispositions de la loi que de confondre la clause des articles 2078 et 2088 avec la vente. La vente est essentiellement translatrice de propriété, alors même qu'elle est conditionnelle, si la vente se réalise par l'accomplissement de la condition; tandis que le contrat d'hypothèque laisse la propriété au débiteur. Il y a d'autres différences entre les deux conventions qu'il est inutile de signaler.

SECTION IV. — De l'hypothèque testamentaire.

541. Aux termes de l'article 43, l'hypothèque est légale, conventionnelle ou testamentaire. L'article 44 définit l'hypothèque testamentaire en ces termes : « C'est celle qui est établie par le testateur sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés par le testament, pour la garantie des legs par lui faits. » C'est la seule disposition que la loi contient sur l'hypothèque testamentaire. Nous croyons que les lacunes qu'elle présente doivent être comblées par les principes généraux qui régissent notre système hypothécaire. Ainsi l'article 44, qui soumet l'hypothèque testamentaire au principe de la spécialité en ce qui concerne les biens, ne dit rien de la spécialité en ce qui concerne la créance. Est-ce à dire que l'hypothèque testamentaire ne doit pas être spéciale quant au legs dont elle assure l'exécution? Cela serait inadmissible. La loi nouvelle assujettit à la spécialité les hypothèques les plus favorisées, celles des incapables; elle fait donc de la spécialité un principe général sans exception, et il n'y avait certes pas de raison pour faire une exception en faveur de l'hypothèque testamentaire. Le législateur aura pensé que la créance est déterminée par la nature même du legs; mais cela ne serait pas exact, car la chose léguée peut consister en une prestation; il faut donc appliquer, par analogie, ce que la loi dit des prestations imposées au donataire : pour que le donateur ait un privilège de ce chef, la charge doit être liquidée. De même les prestations léguées devraient être liqui-

dées pour que l'hypothèque testamentaire pût être inscrite. On ne pourrait pas dire que l'hypothèque est nulle à défaut de cette spécialisation, car il n'y a point de nullité sans texte; mais l'inscription, en tout cas, devrait spécialiser la créance; en effet, l'article 83 (code civil, art. 2148), qui exige la mention du montant de la créance, est applicable à toutes les hypothèques. Dans l'opinion que nous avons enseignée, la spécialité est une condition requise pour l'existence de l'hypothèque. Si tel est le principe pour les hypothèques légales et conventionnelles, il faut l'admettre aussi pour l'hypothèque testamentaire, car les motifs sont identiques. On ne peut pas objecter le silence de la loi, puisque nos lois ne contiennent pas de système complet sur la théorie des actes inexistantes. Les principes généraux et les arguments d'analogie suffisent. Nous supposons que l'hypothèque testamentaire doit être inscrite; l'article 44 ne le dit pas; mais il n'avait pas besoin de le dire, car les articles de la loi qui subordonnent les effets de l'hypothèque à la publicité sont applicables à toutes les hypothèques (art. 81 et 96).

542. Quel est l'objet de l'hypothèque testamentaire? L'article 44 dit que le testateur peut l'établir pour la garantie des legs par lui faits. D'après le projet de la commission spéciale, l'hypothèque pouvait aussi être constituée pour la garantie des dettes du testateur. Le mot *dettes* a disparu de l'article, sans qu'on en sache le motif. En faut-il conclure que le testateur ne peut pas accorder d'hypothèque à l'un de ses créanciers? A la rigueur, cette conséquence résulte du texte des articles 42 et 44. D'après l'article 42, l'hypothèque n'a lieu *que dans les cas autorisés par la loi*, et l'article 44 n'autorise l'hypothèque testamentaire que pour la garantie des legs. Toutefois cette argumentation n'est pas aussi décisive qu'elle en a l'air. Le testateur peut léguer à son créancier ce qu'il lui doit; la dette devient alors une chose léguée, et elle rentre, par conséquent, dans les termes de l'article 44; or, en donnant une hypothèque au créancier, il lui lègue implicitement la chose due, en y ajoutant une garantie hypothécaire. Cette interprétation permet de concilier les textes avec les principes. Il n'y a

aucune raison pour interdire au testateur de léguer une hypothèque : il peut léguer la toute propriété à son créancier, pourquoi ne pourrait-il pas lui léguer un démembrement de la propriété? Il peut léguer toute espèce de droits réels, pourquoi y aurait-il exception pour l'hypothèque? Vainement invoquerait-on le retranchement du mot *dettes* qui se trouvait dans le projet, on ne sait pas pourquoi ce mot a été retranché; il peut l'avoir été parce qu'il était inutile, comme nous venons de l'expliquer. En tout cas, le silence de la loi ne suffit pas pour que l'on en induise une dérogation aux principes (1).

543. Sous l'empire du code civil, on admettait généralement que les légataires avaient une hypothèque légale sur les biens de la succession. On demande si la loi nouvelle déroge à l'article 1017, sur lequel on fondait cette prétendue hypothèque. Toutes les commissions sont unanimes à déclarer que l'hypothèque légale du code civil, tel qu'on l'interprétait, est abrogée. Il importe de constater les motifs pour lesquels les rapports déclarent que l'hypothèque des légataires est abolie.

La commission spéciale s'exprime comme suit : « Elle propose de donner au testateur la faculté de constituer une hypothèque sur ses biens pour assurer le paiement d'une dette ou d'un legs. Il a paru d'autant plus utile de lui conférer ce droit, que la suppression des hypothèques générales, admise en principe, comprend nécessairement l'hypothèque résultant de l'article 1017 en faveur des légataires sur tous les biens de la succession (2). » Ainsi la commission propose d'admettre l'hypothèque testamentaire pour remplacer l'hypothèque légale de l'article 1017; elle suppose que cette hypothèque générale est abrogée par la loi nouvelle, qui rejette, en principe, les hypothèques générales, même les plus favorables, celles des mineurs et des femmes mariées.

Dans son premier rapport, M. Lelièvre dit également que, la loi supprimant l'hypothèque générale accordée au

(1) Cloes, *Commentaire*, t. III, p. 39, n° 1002.

(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 37).

légataire par l'article 1017 du code civil, il était nécessaire d'autoriser le testateur à accorder au légataire une hypothèque pour sûreté du paiement de son legs. Dans un second rapport, M. Lelièvre justifie la proposition d'une hypothèque testamentaire, puis il ajoute : « Au moyen de cette disposition (art. 44), il est entendu que l'hypothèque résultant des articles 1009, 1012 et 1017 du code civil est abrogée. C'est ce qui est admis à l'unanimité par la commission et par le ministre de la justice (1). »

Se fondant sur les travaux préparatoires, M. Delebecque émet l'avis que l'hypothèque légale des légataires est abolie. Martou s'est prononcé pour l'opinion contraire, laquelle a été combattue par M. Thiry, notre savant collègue de l'université de Liège (2). Nous nous rangeons, sans hésiter, à son avis. Nous croyons, comme lui, que la prétendue hypothèque légale des légataires n'a jamais existé; le code civil mentionnait les hypothèques légales (art. 2121), et il ne comprenait pas les légataires parmi ceux auxquels la loi accorde une hypothèque; le seul droit qu'il leur donnât, c'était de demander la séparation des patrimoines; ce qui leur assurait leur paiement sur les biens de la succession, de préférence aux créanciers de l'héritier. Tel est le sens des articles du code que l'on cite comme ayant établi une hypothèque légale au profit des légataires; s'ils disent que les héritiers et autres débiteurs des legs en sont tenus hypothécairement pour le tout, c'est une supposition, et supposer n'est pas disposer; la supposition s'explique, du reste, par ce que le code appelle le privilège de séparation, privilège qui donnait aux légataires un droit de préférence à l'égard des créanciers de l'héritier; or, le privilège est une hypothèque privilégiée. La loi nouvelle ne déroge pas, en ce point, au code civil.

Même en se plaçant sur le terrain de l'opinion générale, qui reconnaissait une hypothèque légale aux légataires, il faut dire, avec les auteurs de la loi belge, que cette hypo-

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 129 et 193).

(2) Delebecque, p. 188, n° 232. Martou, t. II, p. 324, n° 709, suivi par Cloes, t. III, p. 36, n° 1000. Thiry, dans la *Belgique judiciaire*, t. XIV, p. 517.

thèque est abrogée par la loi hypothécaire. On objecte les principes qui régissent l'abrogation tacite. Une loi générale, dit-on, n'abroge pas une loi spéciale; pour qu'une loi postérieure abroge une loi antérieure, il faut qu'il y ait impossibilité d'appliquer les deux lois simultanément. Nous avons déjà répondu ailleurs que le code civil ignore les principes sur l'abrogation tacite que l'on emprunte à la tradition et que l'on a tort d'appliquer un peu mécaniquement. L'abrogation tacite est avant tout une question de volonté. Or, qu'est-ce que le législateur belge a voulu? Il a établi un système complet sur le régime hypothécaire, système qui déroge, en des points essentiels, au régime du code civil. Il en est ainsi, notamment, pour les hypothèques générales. La loi nouvelle les proscriit; nous ne comprenons pas qu'on l'ait nié en invoquant l'hypothèque générale de l'État; c'est une exception qui confirme la règle. La règle est que les hypothèques les plus favorables, celles des mineurs et des femmes mariées, sont soumises au principe de spécialité. Conçoit-on que, refusant une hypothèque générale aux mineurs, la loi en donne une aux légataires, qui ont un moyen facile de sauvegarder leurs intérêts, la séparation de patrimoines? Si le législateur avait voulu maintenir l'hypothèque des légataires telle qu'on l'admettait, il l'aurait soumise à la spécialité; il n'a indiqué aucun moyen de la spécialiser, donc il la supprime. Voilà ce que l'on aurait dû dire, quand même les travaux préparatoires ne nous auraient rien appris sur l'intention du législateur. Mais les auteurs de la loi ont parlé. Martou écarte les rapports des commissions; il dit qu'au lieu de répéter dix fois que l'hypothèque légale des légataires est abrogée, les commissions auraient mieux fait de l'écrire une fois dans la loi. Soit, mais cela ne prouve pas que l'on ne doive tenir aucun compte de ce qu'elles ont dit. Nous répétons que c'est une question d'intention; or, les auteurs de la loi belge ont déclaré qu'ils établissaient l'hypothèque testamentaire pour tenir lieu de l'hypothèque légale, abrogée en vertu du nouveau régime. Il y a donc un texte qui implique l'abrogation de l'hypothèque légale, ce sont les articles 42 et 44, qui créent l'hypothèque testamentaire; cette hypothèque, disent les auteurs

de la loi, n'a d'autre raison d'être que l'abrogation de l'hypothèque légale; donc les articles 42 et 44 consacrent implicitement cette abrogation (1).

544. L'article 44 ne dit rien de la forme dans laquelle l'hypothèque testamentaire doit être constituée. Il était inutile de le dire, la question étant décidée implicitement par le texte de la loi; dire que l'hypothèque *testamentaire* est celle par laquelle le *testateur* établit une hypothèque au profit du *légataire*, c'est dire que tout testament peut contenir une concession d'hypothèque, non-seulement les testaments authentiques, mais aussi les testaments olographes et mystiques. On objecte que, dans le silence de la loi, il faut appliquer les dispositions qui concernent l'hypothèque conventionnelle. D'abord nous nions qu'il y ait silence de la loi. Puis la différence est grande entre l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque testamentaire; rien n'empêche les parties intéressées qui contractent de s'adresser à un notaire; tandis que le testateur peut se trouver dans l'impossibilité de faire dresser un acte authentique. C'est par faveur pour les actes de dernière volonté que la loi a maintenu les testaments olographes, elle a donc dû permettre au testateur de faire, dans cette forme, les mêmes dispositions qu'il peut prendre dans un testament authentique. Tout ce qui en résulte, c'est que l'hypothèque testamentaire n'est pas un acte solennel (2).

Il y a cependant une différence entre l'hypothèque constituée par un testament authentique et celle qui est établie par un testament olographe ou mystique. Le créancier hypothécaire a le droit d'exproprier le débiteur, parce que son droit résulte ordinairement d'un acte authentique et exécutoire comme tel. Ce principe s'applique à l'hypothèque testamentaire, quand le testament est un acte notarié; il ne reçoit pas d'application quand le testament est olographe ou mystique, puisque ces testaments sont des actes sous

(1) Il y a un jugement en ce sens, très-bien motivé, du tribunal de Marche, 21 octobre 1870 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 243).

(2) Martou, t. III, p. 326, n° 709; Cloes, t. II, p. 29, n°s 995-997. En sens contraire, Delebecque, p. 189, n° 233.

seing privé, lesquels n'acquièrent de force exécutoire qu'en vertu d'un jugement.

545. Quel est l'effet de l'hypothèque testamentaire? Elle crée un droit de préférence entre légataires; mais le légataire n'est pas préféré aux créanciers du défunt. C'est l'application du principe que les legs ne sont acquittés qu'après le paiement des dettes : *nemo liberalis nisi liberatus*. Or, si le légataire était payé de préférence aux créanciers, ceux-ci pourraient ne pas être payés, du moins intégralement, d'où résulterait qu'un légataire l'emporterait sur un créancier, ce qui est contraire au principe traditionnel que nous venons de rappeler, principe qui découle de la nature même du legs : le testateur ne peut pas léguer ce qu'il n'a point, et il n'a de biens que ce qui reste, dettes déduites.

SECTION V. — Du rang que les hypothèques ont entre elles.

546. L'article 81 porte : « Entre les créanciers, l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur » (code civil, art. 2134). La loi ne comprend pas les privilèges; cependant les privilèges doivent aussi être rendus publics par la voie de l'inscription, et l'article 29 dit qu'entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques. Il y a une différence de rédaction entre l'article 29 et l'article 81. L'article 29 refuse tout effet aux privilèges non rendus publics; l'article 81 dit seulement que le rang des hypothèques dépend de leur inscription. Résulte-t-il de là une différence de principes? Il nous faut voir d'abord quel est le but de l'inscription.

L'inscription est-elle requise pour que l'hypothèque existe, ou l'hypothèque existe-t-elle indépendamment de l'inscription? L'inscription est ordonnée pour que l'hypothèque ait effet à l'égard des tiers; la publicité est donc seulement établie dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Cela prouve déjà

que l'inscription n'est pas une condition d'existence de l'hypothèque; elle a pour unique objet de rendre publique l'hypothèque qui existe, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la convention, soit en vertu d'un testament. Il en est de l'inscription comme de la transcription; pour mieux dire, l'inscription tient lieu pour les hypothèques de la transcription que la loi requiert pour tous les actes translatifs de droits réels immobiliers. Ces droits existent en vertu du contrat qui les établit, mais pour qu'on puisse les opposer aux tiers, il faut que l'acte constitutif soit transcrit, ou inscrit quand il s'agit d'une hypothèque. Le défaut de transcription ou d'inscription ne rend donc pas l'acte nul; l'acte est valable et il produit entre les parties tous les effets qu'il est destiné à produire, tant que des tiers ne sont pas en cause. Ces effets sont considérables, quand il s'agit d'une vente d'un immeuble, ou d'une servitude, ou d'un droit immobilier autre qu'une hypothèque; tandis que l'hypothèque ne produit guère d'effets entre les parties; toutefois elle en produit, comme nous le dirons plus loin. Il faut donc maintenir comme principe, pour les hypothèques comme pour les droits immobiliers en général, que le droit existe, indépendamment de la publicité, entre les parties. Donc l'inscription n'est pas requise pour l'existence ni pour la validité de l'acte.

Tarrible, qui a écrit d'excellents articles sur le régime hypothécaire dans le *Répertoire* de Merlin, semble dire le contraire. D'après lui, l'inscription est nécessaire pour constituer l'hypothèque, pour compléter le droit du créancier; le créancier qui ne prend pas inscription est un créancier chirographaire. Tarrible invoque la tradition des pays de nantissement; les coutumes déclaraient créanciers *personnels* et *mobiliers* ceux qui n'avaient pas accompli les œuvres de loi. Il y a une disposition du code civil qui semble conçue en ce sens. Aux termes de l'article 2135, l'hypothèque *existe*, indépendamment de toute inscription, au profit des incapables; donc, peut-on dire, l'hypothèque n'*existe*, en règle générale, qu'en vertu de l'inscription (1).

(1) Tarrible, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*,